Gefahrübergang beim Doppelverkauf desselben Grundstücks nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Otto Reineke

aus Groß-Stöckheim (Braunschweig)

Gerichtsassessor.

AGAD. BIBLIOTEKA BIBL.

Approbiert am 21. Oktober 1910.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1911.

242

Referent: Universitäts-Professor Dr. Oertmann

Inhaltsverzeichnis.

		Seite
§ 1.	Einleitung	1
§ 2.	Gefahrübergang nach § 446 BGB.	2
§ 3.	Gültigkeit beider Verträge	4
§ 4.	Standpunkt des Bürgerlichen Gesetzbuchs bezüglich des doppelten Grundstücksverkaufs	7
§ 5.	§ 440 BGB.: Wann entsteht der Anspruch auf Rücktritt oder Schadensersatz	8
§ 6.	Ursprüngliche und nachträgliche Unmöglichkeit (Unvermögen). Dauerndes Unvermögen. Zu vertretendes Unvermögen	11
§ 7.	Ist Übergabe oder Auflassung allein teilweise Erfüllung?	13
§ 8.	I. Theorie: Nur der eingetragene Käufer haftet	16
§ 9.	Kritik dieser Theorie	18
§ 10.	II. Theorie: Keiner der Käufer haftet	21
§ 11.	III. Theorie: Beide Käufer haften	22
§ 12.	Liegt Unvermögen vor?	25
§ 13.	Beweislast	27
§ 14.	Positive Vertragsverletzung. § 826. § 324	28
§ 15.	Anwendbarkeit des § 281?	30
§ 16.	IV. Theorie: Nur der erste Käufer haftet	32
§ 17.	Gebrauchsüberlassungsvertrag	33
§ 18.	Ergebnis	34
§ 19.	Versuch einer neuen Theorie	34
§ 20.	§ 446 Abs. 1: Übergabe bedeutet eigentumverschaffende Übergabe	36
§ 21.	§ 446 Abs. 2	38

Literaturverzeichnis.

Bechmann, Der Kauf. Bd. 3. 1905.
Brecht, Verkauf einer fremden Sache. Diss. Leipzig 1906.
Cosack, Bürgerliches Recht. 4. Aufl. 1903.
Crome, Bürgerliches Recht. Bd. 2. 1902.
Denkschrift zum Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs.
Dernburg, Bürgerliches Recht: Schuldverhältnisse. Abt. 1 u. 2. 1905 u. 1906.
Dernburg, Pandekten. 7. Aufl. 1902/03.
Dernburg, Preußisches Privatrecht. 5. Aufl. 1894/97.
DJZ. = Deutsche Juristenzeitung.
Düringer-Hachenburg. Bd. 3. 1905.
Eccius in Gruchot Bd. 41 S. 883.
Emerich, Kauf- und Werklieferungsvertrag. Jena 1899.
Endemann, Bürgerliches Recht. 8. Aufl.
Enneccerus, Bürgerliches Recht. Bd. 1. 1908.
Entwurf zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
Entscheidungen des Obertribunals.
Förster-Eccius, Allgem. Landrecht. 7. Aufl. 1896/97.
Glück, Pandekten. Bd. 16. 1842.
Goose, Zur Lehre vom casus. In Iherings Jahrbüchern Bd. 9 S. 197 ff.
Griesbach, Mehrfacher Verkauf derselben Sache. Diss. Jena 1908.
Hellmann in der Kritischen Vierteljahrsschrift Bd. 40 S. 203.
Hoffmann, Über das periculum beim Kauf. 1870.
v. Ihering, Abhandlungen aus dem römischen Recht. 1844.
v. Ihering, Jahrbücher. Bd. 3. S. 449 ff.
Joseph, Rechtsstellung des besitzenden Käufers. In Gruchot Bd. 51 S. 531 ff.
Kahn im Recht 1903 S. 546.
Kisch, Nachträgliche Unmöglichkeit. 1900.
Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen. 1900.
Koch, Kommentar zum allgem. Landrecht. 1884/86.
Krahmer, Gegenseitige Verträge. 1904.
Krückmann, Unmöglichkeit. 1907.
Martinius, Mehrfacher Verkauf derselben Sache. Diss. Halle 1873.
Martinius im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 17 S. 50 ff.
Mommsen, Obligationenrecht. 1859. 1879.

Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht. 1853/55.
Motive zum Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs.
Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 4. Aufl. 1905.
Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 2. 1906.
Oesterlen, Mehrfacher Verkauf derselben Sache. Diss. Tübingen 1883.
Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1907.
Puntschart, Fundamentale Rechtsverhältnisse. 1885.
Riezler, Konkurrierendes Handeln. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 98 S. 372 f.
Sachs, Doppelverkauf nach Bürgerlichem Gesetzbuch. Diss. Jena 1907.
Schollmeyer, Einzelne Schuldverhältnisse. 2. Aufl. 1904.
Schulz, System der Rechte auf den Eingriffserwerb. Im Archiv für zivilistische Praxis 1909 Bd. 105.
v. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 4./5. u. 5./6. Aufl.
Stern, Gefahrübergang beim Kauf. Diss. Marburg 1909.
Stobbe, Geschichte des deutschen Vertragsrechts. 1855.
Titze, Unmöglichkeit. 1900.
Turnau-Förster. Bd. 1. 1906.
Wangerow, Pandekten. Bd. 3. 1876.
Windscheid-Kipp, Pandekten. 9. Aufl.

Einleitung.

§ 1.

Das römische und gemeine Recht ließen beim Kauf, von Ausnahmefällen abgesehen, die Gefahr des zufälligen Untergangs oder der zufälligen Verschlechterung einer Sache bereits mit Kaufabschluß auf den Käufer übergehen. Ein nach Abschluß des Kaufvertrages, wenn auch noch vor Übergabe an den Käufer durch Zufall eintretender Untergang des Kaufgegenstandes befreite den Verkäufer von seiner Leistungspflicht, der Käufer mußte jedoch, trotzdem er nichts oder nur eine verschlechterte Sache erhielt, den vollen Kaufpreis zahlen. Da schon durch den Kaufabschluß allein die Gefahr überging, so war die Möglichkeit sehr groß, durch Abschluß mehrerer Kaufverträge bezüglich derselben Sache die Gefahr auf zwei oder mehrere Käufer zu übertragen, und es war eine der berühmtesten Streitfragen des römischen Rechts, wer von den Käufern bei einem Doppelverkauf zur Zahlung des Preises verpflichtet war, wenn ein Zufall den Untergang herbeiführte. Vier Ansichten standen sich gegenüber. Nach der einen sollten beide Käufer,[1]) nach der anderen gar keiner,[2]) nach der dritten nur der erste,[3]) nach der vierten[4]) endlich nur der zweite für den Kaufpreis haften müssen.

Auf die verschiedenen Theorien des gemeinen Rechts soll hier nicht weiter eingegangen, es soll im folgenden vielmehr nur die Stellung des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu dieser Streitfrage behandelt werden.

---

[1]) Iherings Jahrb. Bd. 3 S. 449ff.; Mommsen Bd. 1 S. 110; Oesterlen S. 73.

[2]) Martinius S. 26ff.

[3]) Hoffmann S. 137ff.; Gooße S. 197ff.

[4]) Windscheid Bd. 2 S. 666; ähnlich Dernburg, Pand. Bd. 2 § 96 Anm. 5; Vangerow Bd. 3 S. 439; Bechmann Bd. 3 S. 189.

§ 2.

Gefahrübergang nach § 446 BGB.

Gemäß § 446 BGB. geht bei beweglichen Sachen die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung mit der Übergabe der verkauften Sache vom Verkäufer auf den Käufer über, nicht mehr wie nach römischem Recht bereits mit Kaufabschluß. Bei Grundstücken erfolgt der Gefahrübergang jedoch schon vor der Übergabe mit der Eintragung ins Grundbuch, wenn diese der Übergabe vorangeht. Diese Regelung beruht nach den Motiven zum Bürgerlichen Gesetzbuch auf der Erwägung, daß die Übergabe dem Verkäufer die Überwachungsmöglichkeit nimmt und sie dem Käufer gibt, daß bei Eintragung ins Grundbuch schon vor Übergabe aber die Stellung des Käufers als verfügungsberechtigter Eigentümer schon in diesem Moment den Übergang der Gefahr gerechtfertigt erscheinen läßt. Daß hier der Grundstückskäufer vor Übergabe nicht zur Überwachung imstande ist, erscheint nach den Motiven[1]) unerheblich, da es Sache des Eigentümers sei, das Eigentum ohne die Möglichkeit der Überwachung nicht zu übernehmen.

Sehr bestritten ist, ob hier unter Übergabe auch die Ersatzübergabe zu verstehen ist. Allgemein wird der Übergabe die brevi manu traditio gleichgestellt. Staudinger,[2]) Dernburg[3]) halten auch das constitutum für genügend, nicht aber die Abtretung des Herausgabeanspruchs, während Planck,[4]) Endemann,[5]) Düringer-Hachenburg[6]) auch durch constitutum Gefahrübergang nicht eintreten lassen. Andererseits setzen Cosack,[7]) Crome,[8]) Eccius,[9]) Martinius,[10]) Oertmann[11]) und

[1]) Bd. 2 § 463 S. 323.
[2]) § 446 I, 2c.
[3]) § 174 III.
[4]) § 446, 2b.
[5]) § 159 S. 47.
[6]) Bd. 3 S. 54.
[7]) § 122 II, 5.
[8]) S. 213 I.
[9]) Gruchot Bd. 41 S. 883.
[10]) S. 54.
[11]) § 446, 1a.

Schollmeyer[1]) constitutum und auch Abtretung des Herausgabeanspruchs der wirklichen Übergabe gleich. Die letztere Ansicht dürfte die richtige sein.

Wenn Planck ausführt, daß die Vereinbarungen der Beteiligten entscheiden sollen, so ist das eigentlich selbstverständlich, hat aber das Vorhandensein von Vereinbarungen zur Voraussetzung. Aber auch wenn solche nicht vorliegen, muß aus der Natur des constitutum die Gleichstellung mit der körperlichen Übergabe gefolgert werden. Auch beim constitutum erhält der Käufer Besitz, und außerdem soll das Konstitut die Übergabe völlig ersetzen. Im Falle des § 931 hat bei beweglichen Sachen der bisherige Eigentümer weder Besitz noch Eigentum und kann daher nunmehr die Gefahr nicht länger tragen. Zweifelhaft könnte das nur bei Grundstücken sein. Aber auch hier kann es unmöglich vom Belieben des Käufers abhängen, wann er seinen Herausgabeanspruch verwirklichen und damit die Gefahr auf sich nehmen will. Das erkennt auch Staudinger in der neuesten Auflage in gewisser Weise an, indem er sagt: „Wenn der Käufer selbst mit dem Dritten etwa vereinbart, daß dieser die Sache noch weiter behalte, so muß sie von da ab auf Gefahr des Käufers stehen". Es kann aber doch keinen Unterschied machen, ob eine ausdrückliche dahingehende Vereinbarung getroffen wird, oder ob ohne eine solche der Käufer die Übergabe nicht fordert. Außerdem ist auch durch Abtretung des Herausgabeanspruchs die Überwachungsmöglichkeit, an die die Motive den Übergang der Gefahr im allgemeinen geknüpft wissen wollen, vom Verkäufer auf den Käufer übergegangen. Der Verkäufer ist lediglich noch Eigentümer, nicht mehr Besitzer, und hat daher keine Möglichkeit der Überwachung mehr. Auch aus diesem Grunde scheint es geboten, die Abtretung des Herausgabeanspruchs auch bei Grundstücken der Übergabe gleichzustellen.

Dadurch, daß das Bürgerliche Gesetzbuch in Anlehnung an das ältere deutsche Recht und das preuß. allgem. Landrecht die Übergabe zu dem für den Gefahrübergang ausschlaggebenden Moment erhob und diese nach den im Bürgerlichen Gesetzbuch

[1]) S. 18.

herrschenden Grundsätzen über gutgläubigen Erwerb vom Nichteigentümer bei beweglichen Sachen in der Regel zugleich das Eigentum überträgt, ist bei Mobilien die Möglichkeit des Gefahrüberganges auf mehrere Käufer nur noch sehr gering. Diese Frage kann nur dann noch akut werden, wenn z. B. beide Käufer sich in Annahmeverzug befinden, oder wenn Übergabe oder Übergabeersatz ausnahmsweise nicht Eigentum zu verschaffen vermochten, weil der Verkäufer beim zweiten Verkauf bereits Nichteigentümer und der Käufer schlechtgläubig, bezw. die Sache eine gestohlene, verlorene oder abhanden gekommene war. Aber in diesen Fällen handelt es sich ja nicht eigentlich mehr um Doppelverkauf, sondern um Verkauf durch den Nichteigentümer.

Dagegen ist die unerquickliche Streitfrage des römischen Rechts beim Grundstücksverkauf in alter Weise bestehen geblieben, da hier jeder der beiden Haupterfüllungsakte, Übergabe und Eintragung, den Übergang der Gefahr bewirken. Nur darin besteht der Unterschied vom römischen Recht, daß heute eben einer dieser Akte, nicht nur Kaufabschluß vorausgesetzt ist.

Das Thema der folgenden Erörterung soll nur der Gefahrübergang bei mehrfachem Grundstücksverkauf bilden. Wir nehmen den Fall, daß vom Verkäufer das Grundstück dem ersten Käufer übergeben, danach einem zweiten aufgelassen und dann gänzlich (z. B. durch Meeresgewalt) untergegangen ist, als Normalfall und erwähnen den Gefahrübergang beim Doppelverkauf beweglicher Sachen sowie die Fälle bloßer Verschlechterung nur da, wo es nötig oder wünschenswert erscheint.

§ 3.

Gültigkeit beider Verträge.

Wir untersuchen zunächst die Frage, ob nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche das Abschließen zweier Kaufverträge über dieselbe Sache nicht rechtlich ungültig ist. Dabei sollen jedoch die Gründe außer Betracht bleiben, die wegen mangelnder Form oder fehlender Geschäftsfähigkeit usw. die Nichtigkeit eines Vertrags bewirken könnten, vielmehr soll nur geprüft werden, ob der eine an sich

rechtsgültig abgeschlossene Vertrag durch den an sich ebenfalls rechtsgültigen Abschluß des anderen nichtig oder anfechtbar gemacht wird, und zwar kann es sich dabei nur um den zweiten Vertrag handeln, denn ist der erste einmal gültig zustande gekommen, so kann er durch den Abschluß des zweiten unter keinen Umständen in seiner Gültigkeit berührt werden.

Aus § 306 kann die Nichtigkeit des zweiten Vertrages nicht gefolgert werden. Dieser Paragraph handelt nur von objektiver Unmöglichkeit. Das Vorliegen einer solchen ist hier gänzlich ausgeschlossen. Dem ersten Käufer gegenüber kann nachträgliches Unvermögen, dem zweiten gegenüber ursprüngliches Unvermögen gegeben sein, wie später noch zu erörtern sein wird. Nichtigkeit ist aber nach richtiger Ansicht nie die Folge ursprünglichen oder nachträglichen Unvermögens.

Weiter ist noch zu untersuchen, ob nicht nach § 138 Abs. 1 BGB. ein gegen die guten Sitten verstoßendes Rechtsgeschäft in dem zweiten Verkauf zu sehen ist, was natürlich nur in Frage kommen kann, wenn der letztere dolos geschah. Das Reichsgericht hat in einer Bd. 62 S. 137 veröffentlichten Entscheidung, wie es scheint, einer Klage auf Nichtigkeit des zweiten vom Verkäufer und zweiten Käufer *arglistig* abgeschlossenen Vertrages stattgegeben. Das Gericht erster Instanz hatte auf Nichtigkeit erkannt. Das die Klage abweisende Berufungsurteil ist vom Reichsgericht aufgehoben. Doch läßt sich nicht erkennen, ob das erstinstanzliche Urteil wiederhergestellt oder die Sache zur weiteren Verhandlung zurückverwiesen ist. Die abgedruckten Entscheidungsgründe behandeln nur den § 826, der für anwendbar erklärt ist. Die Gründe, auf die die Nichtigkeit gestützt ist, sind nicht mit veröffentlicht. Wir möchten hier gegen das Reichsgericht keine Nichtigkeit annehmen, auch wenn Verkäufer und zweiter Käufer arglistig handeln. Nach *Martinius*[1]) und *Schollmeyer*[2]) kann ein Doppelverkauf ebensowenig als unsittlich angesehen werden, wie es der Verkauf einer fremden Sache wird. Objektiv ist der Doppelverkauf jedenfalls nicht unsittlich. Es kann sich

[1]) Arch. Bd. 17 S. 73.
[2]) S. 18.

also nur darum handeln, ob die verwerflichen Motive die Nichtigkeit zur Folge haben. Inwieweit Unsittlichkeit in subjektiver Beziehung die Nichtigkeit des objektiv nicht anstößigen Geschäfts bedingt, ist eine sehr bestrittene Frage und läßt sich wohl nur nach dem konkreten Fall entscheiden. Hier dürfte die Annahme der Nichtigkeit des zweiten Kaufs als zu weitgehend zu bezeichnen sein. Auch Planck[1]) sagt bei Besprechung des zitierten Urteils: „Schwerlich dürfte sich die Nichtigkeit aus § 138 rechtfertigen lassen". Staudinger[2]) bemerkt treffend: „Die Sittenwidrigkeit der Beweggründe kann nach § 826 schadensersatzpflichtig machen, zieht aber nicht notwendig die Nichtigkeit des aus diesen Beweggründen vorgenommenen Rechtsgeschäfts nach sich".[3])

Damit sind die in Frage kommenden Möglichkeiten der Nichtigkeit des zweiten Vertrages erschöpft.

Als Anfechtungsgründe müssen Irrtum und arglistige Täuschung in Betracht gezogen werden, aber es dürfte wohl einleuchten, daß der zweite Käufer aus § 119 BGB. kein Anfechtungsrecht herleiten kann, denn er war weder über den Inhalt der Erklärung im Irrtum, noch wollte er eine Erklärung dieses Inhalts nicht abgeben. Ein Irrtum darüber, daß die Sache bereits verkauft ist, liegt außerhalb des Rechtsgeschäfts und ist daher nur ein unbeachtlicher Irrtum im Beweggrunde. Auch § 119 Abs. 2 kann nicht in Frage kommen.

Wenn der Verkäufer vom ersten Kauf Kenntnis hat, so kann man in dem Verschweigen des ersten Kaufabschlusses dem zweiten Käufer gegenüber wohl unter Umständen eine arglistige Täuschung sehen. (So Martinius[4]) Doch geht seine Ausdehnung der Vorschriften über Treu und Glauben wohl über das vom Bürgerlichen Gesetzbuch gewollte Maß hinaus.) Aber selbst wenn man arglistige Täuschung annimmt, so fehlt doch im allgemeinen der Kausalzusammenhang zwischen dieser und dem Kaufabschluß, und es vermag deshalb auch § 123 keine Anfechtungsmöglichkeit zu

[1]) DJZ. 1907 S. 13—15.
[2]) Staudinger § 138.
[3]) So Staudinger § 138; ähnlich Planck § 138, 1a.
[4]) Arch. S. 73.

gewähren. Nur in ganz seltenen Fällen dürfte ein den Willensentschluß bestimmendes Verschweigen anzunehmen sein.

Das Resultat der vorstehenden Erörterungen ist, daß beide Kaufverträge, jeder unberührt durch den anderen, vollgültig nebeneinander bestehen. Beide sind als Verträge völlig gleichwertig. Aus jedem von ihnen haben Verkäufer und Käufer an sich die gleichen Rechte wie beim einfachen Kauf. An sich müßte der Verkäufer beiden Käufern erfüllen und könnte von jedem Zahlung des Kaufpreises verlangen.

§ 4.

Standpunkt des Bürgerlichen Gesetzbuchs bezüglich des doppelten Grundstücksverkaufs.

Wer hat nun im Fall eines solchen Doppelverkaufs den Kaufpreis zu zahlen?

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat die Entscheidung dieser alten Streitfrage der Wissenschaft überlassen. Die Motive[1]) sagen hierüber folgendes: „Richtiger wird die Frage gestellt, welchen Einfluß der Untergang auf jedes der beiden Schuldverhältnisse habe, und diese Frage wird sich von dem Grundsatze des Entwurfs aus, daß die Unmöglichkeit der Erfüllung von der Gegenleistung befreit, leichter beantworten lassen, als von dem entgegengesetzten Grundsatze des gemeinen Rechts, in welchem der mehrfache Verkauf derselben Sache die gleiche Frage zur Beantwortung stellt. Derjenige Käufer, welchem das Grundstück nur übergeben, hat jedenfalls noch die Eigentumsübertragung zu fordern, welche ihm vom Verkäufer nicht gewährt werden kann". Es geht daraus hervor, daß § 446 keine Entscheidung in dieser Frage gibt, daß diese vielmehr aus anderen allgemeinen Gesichtspunkten gesucht und gefunden werden muß.

Da, wie oben gezeigt, beide Verträge gültig sind, so kann es sich bei Erörterung dieser Frage nur darum handeln, ob einem der Käufer oder event. beiden auf Grund kontraktlichen oder

---

[1]) Bd. 2 S. 463.

außerkontraktlichen Verschuldens des Verkäufers ein Weigerungsrecht zur Zahlung zusteht.

Wie im römischen Recht stehen sich auch heute noch vier Meinungen gegenüber. Teils sollen beide Käufer, teils gar keiner, teils der erste, teils der zweite allein den Kaufpreis zahlen müssen.

§ 5.

§ 440 BGB. Wann entsteht der Anspruch auf Rücktritt oder Schadensersatz?

Um die Darstellung der einzelnen Theorien nicht zu sehr zu zerreißen und zu unübersichtlich zu machen, müssen wir, bevor wir auf diese selbst eingehen, einige allgemeine Erörterungen vorausschicken.

Nach § 433 BGB. ist der Verkäufer zur Übergabe und Eigentumsverschaffung verpflichtet. Erfüllt er diese ihm auf Grund des Kaufvertrages obliegenden Verpflichtungen nicht, so bestimmen sich gemäß § 440 die Rechte des Käufers nach den Vorschriften der §§ 320—327. Der letztere kann, was uns besonders hier interessiert, nach § 320 die Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern, er kann nach § 325 beim Vorliegen einer vom Verkäufer zu vertretenden Unmöglichkeit zur Leistung vom Vertrage zurücktreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Er kann endlich gemäß § 326 bei Leistungsverzug des Verkäufers die gleichen Rechte wie nach § 325, nach Fristsetzung, oder auch ohne diese geltend machen, wenn die Leistung für ihn kein Interesse mehr hat. Der § 440 Abs. 1 gibt einen allgemeinen Anhaltspunkt dafür, welche Rechte dem Käufer bei Unkenntnis des Rechtsmangels im Zeitpunkte des Kaufabschlusses (anders § 439) zustehen, falls der Verkäufer seiner Rechtsverschaffungspflicht nicht nachkommt.[1]) Der Rechtsverschaffungspflicht steht die Pflicht zur Übergabe gleich.

§ 440 bestimmt ganz generell auch die Anwendung der §§ 323—325. Diese Paragraphen können jedoch, wie aus der

[1]) So Staudinger § 440 I; Planck § 440, 1.

Wortfassung zweifellos hervorgeht, nur da Anwendung finden, wo es sich um nachträgliche Unmöglichkeit oder nachträgliches Unvermögen handelt. Liegt anfängliches Unvermögen schon bei Abschluß des Vertrages vor, so hat der Verkäufer nicht die Rechte aus §§ 323—325, insbesondere kein Rücktrittsrecht, sondern nur einen Anspruch auf Schadensersatz.[1])

Wann entsteht nun das Recht zum Rücktritt oder auf Schadensersatz? Bei nachfolgendem Unvermögen in dem Augenblick, in dem der Verkäufer durch Auflassung an den zweiten Käufer zur Erfüllung unvermögend wird.[2]) Riezler[3]) sagt hierüber ausdrücklich: „Die von dem ersten Käufer alternativ geltend zu machenden Rechte haben mit der Gefahrtragung nichts zu tun. Sie stehen dem ersten Käufer zu seit dem Augenblicke, in welchem die Leistung an ihn durch die Auflassung unmöglich gemacht war". Bei ursprünglichem Unvermögen läuft der Anspruch des den Rechtsmangel nicht kennenden Käufers auf Schadensersatz vom Kaufabschluß an. Ist der Rechtsmangel bei Fälligkeit noch vorhanden, so steht der Geltendmachung des Anspruchs nichts im Wege. Und zwar kann der Käufer auch von vornherein auf Grund der subjektiven Unmöglichkeit Schadensersatz fordern, wenn die Unmöglichkeit der Leistung in dem Zeitpunkt, in dem Schadensersatz verlangt wird, feststeht. Es ist nicht erforderlich, daß zunächst auf Grund des § 283 auf Erfüllung geklagt wird.[4]) Der Verkäufer hat, um mit Staudinger[5]) zu sprechen, wenn er eine Sache oder ein Recht veräußert hat, die er zur Zeit des Vertragsschlusses zu gewähren nicht imstande ist, dafür einzustehen, daß er sie bei Fälligkeit gewähren kann. Das entspricht dem Verschaffungsprinzip, worin zugleich die Garantie vertragsmäßiger und rechtzeitiger Erfüllung liegt.[6])

---

[1]) So Planck § 325, 6; Staudinger Vorbem. zu §§ 323—327; Dernburg Bd. 2 Abt. 1 S. 142; RG. Bd. 69 S. 356/57; zweifelhaft Oertmann § 306 S. 129.

[2]) And. A. Martinius im Arch. S. 76.

[3]) S. 393 Abs. 2.

[4]) Planck § 306, 4.

[5]) § 440 B. 1.

[6]) Ebenso Planck § 440, 3; Düringer-Hachenburg Bd. 3 S. 68.

Werden nun die dem Käufer auf Grund des § 440 zustehenden Rechte durch nachträglichen, zufälligen Untergang wieder aufgehoben, und hat insbesondere § 446, der ja, wie oben erwähnt, mit Übergabe oder Eintragung die Gefahr des zufälligen Untergangs oder der zufälligen Verschlechterung dem Käufer aufbürdet, irgendwelchen Einfluß auf diese Rechte? Keins von beiden ist der Fall. Hierüber sagt Planck[1]) ausdrücklich: „Die Wirkung des Gefahrüberganges läßt die Haftung für eine schon vor dem Untergange vorhandene objektive oder subjektive Unmöglichkeit der Übergabe oder lastenfreien Übereignung der Sache unberührt . . ." (Es folgt ein Beispiel für bewegliche Sachen.) „Ebenso wird, wenn nach Eintragung des Käufers eines Grundstücks im Grundbuch, aber vor der Übergabe des Grundstücks an den Käufer ein darauf befindliches Gebäude durch Zufall zerstört wird, durch den § 446 die Haftung des Verkäufers für anfängliches Unvermögen zur Übergabe nicht berührt." Planck sagt dann weiter: Aus § 446 folge für diese Fälle nur, daß es zur Abwehr des Kaufpreisanspruchs nicht genüge, wenn der Käufer die Nichterfüllung der Verpflichtung des Verkäufers zur Eigentumsverschaffung oder Übergabe darlege und sich daneben zum Nachweise der Unmöglichkeit der Erfüllung nur auf den Untergang der Sache berufe.

Auf die Streitfrage, ob danach (wie es wohl richtig) nur ein Schaden, der aus mangelnder Rechtsverschaffung entstanden ist, zu ersetzen, oder ob trotz Untergang Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit zu leisten ist, gehen wir hier nicht weiter ein. Denn diese Frage interessiert uns nicht. Wir haben uns nur damit zu beschäftigen, ob der Käufer trotz anfänglichen Unvermögens des Verkäufers infolge nachträglichen Untergangs den Kaufpreis zahlen muß, nicht ob er darüber hinaus Schadensersatz fordern kann. Es ist u. E. ausgeschlossen, daß der Verkäufer den Kaufpreis erhält, denn ein bereits begründetes Rücktrittsrecht aus § 325 bleibt bestehen, und wenn bei ursprünglichem Unvermögen auch der auf den Rechtsmangel sich gründende Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung wegfällt infolge zufälligen Untergangs, so bleibt doch das Recht des Käufers,

[1]) § 446, 2a.

den Kaufpreis zu verweigern, zweifellos bestehen. Nur genügt es nicht,[1]) daß der Käufer sich zur Abwehr des Kaufpreisanspruchs zum Nachweis der Unmöglichkeit der Erfüllung nur auf den Untergang beruft.

§ 6.

Ursprüngliche und nachträgliche Unmöglichkeit (Unvermögen). Dauerndes Unvermögen. Zu vertretendes Unvermögen.

Wir wollen, ehe wir weitergehen, eine Definition der ursprünglichen und nachträglichen Unmöglichkeit geben. Wir verstehen unter ursprünglicher Unmöglichkeit (oder ursprünglichem Unvermögen) mit der herrschenden Meinung eine solche, die bereits bei Abschluß des Vertrages vorhanden ist, unter nachträglicher (oder nachträglichem Unvermögen) eine solche, die erst nach Vertragsabschluß eintritt.[2])

Gegen die erstere Auffassung hat sich besonders Krückmann[3]) gewandt. Nach ihm kommt es bei der ursprünglichen Unmöglichkeit nicht auf den Zeitpunkt der Eingehung des Vertrages an, sondern darauf, ob die Leistung bei und nach ihrer Fälligkeit unmöglich ist und diese Unmöglichkeit in Umständen ihren Grund hat, die schon zur Zeit des Vertragsabschlusses bestanden. Die herrschende Meinung lehnt mit Recht diese Ansicht ab und vertritt den oben wiedergegebenen Standpunkt (die weitere Erörterung dieser Streitfrage, die für das vorliegende Thema ohne Belang ist, würde, da sie größeren Raum beansprucht, über den Rahmen dieser Arbeit hinausführen).

Wir sehen auch mit der herrschenden Meinung ein Unvermögen als dauernd an, wenn der Verkäufer die Unmöglichkeit dadurch herbeiführte, daß er den geschuldeten Gegenstand an einen Dritten veräußerte oder bereits veräußert hatte, trotzdem hier der Verkäufer möglicherweise den Gegenstand hätte wiedererwerben

---

[1]) vgl. Planck a. a. O.

[2]) So z. B. Staudinger § 306 I; Endemann S. 693/94; Enneccerus S. 467; Kisch S. 27; Planck § 275 II; Titze S. 54; Oertmann § 306 I.

[3]) Unmöglichkeit (1907).

können. Staudinger[1]) sagt hierüber: „Eine Unmöglichkeit hört nicht deshalb auf, eine dauernde im Rechtssinne zu sein, wenn sie denkbarerweise später gehoben werden kann, wenn beispielsweise der Schuldner den von ihm zu leistenden, aber an einen Dritten veräußerten Gegenstand möglicherweise von dem Dritten wiedererwerben kann. Es müssen in solchem Falle vom Schuldner besondere Umstände dargetan werden, die den Wiedererwerb des Gegenstandes von dem Dritten sichern". Und ähnlich äußert sich Planck,[2]) nachdem er darauf hingewiesen, daß im Einzelfall zweifelhaft sein könne, ob eine dauernde Unmöglichkeit vorliege: „Im allgemeinen wird davon auszugehen sein, daß eine Unmöglichkeit nicht dadurch allein aufhört, eine dauernde in dem hier fraglichen Sinne zu sein, daß sie denkbarerweise später wegfallen kann. So hört z. B. die Unmöglichkeit, einen geschuldeten Gegenstand zu leisten, die der Schuldner dadurch herbeigeführt hat, daß er den Gegenstand an einen Dritten veräußerte, nicht deshalb auf, eine dauernde zu sein, weil der Schuldner möglicherweise den Gegenstand von dem Dritten wiedererwerben kann, vielmehr müssen in solchem Fall, um die Annahme einer dauernden Unmöglichkeit auszuschließen, von dem Schuldner besondere Umstände dargetan werden, die den Wiedererwerb des Gegenstandes von dem Dritten sichern".[3])

Schon hier müssen wir zwei Fragen aus der Unmöglichkeitslehre erörtern. Zunächst, hat der Verkäufer das durch den Doppelverkauf geschaffene Unvermögen zu vertreten?

Daß anfängliches Unvermögen immer verteten werden muß, bedarf keiner weiteren Erörterung. Bei nachfolgendem Unvermögen sind die Rechtsfolgen verschieden, je nachdem dasselbe zu vertreten ist oder nicht. Nach allgemeinen Vorschriften hat der Schuldner Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten (§ 276). Der Verkäufer hat also für sein Unvermögen einzustehen, wenn er beim zweiten Verkauf vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt hat. Wie aber steht es in den Fällen, wo von Vorsatz oder Fahrlässigkeit keine Rede

[1]) § 280 II a.
[2]) § 280 II.
[3]) Ebenso Oertmann Vorbem. § 275, 5 a Abs. 3.

sein kann, wenn also der Verkäufer das Bestehen des anderen Vertrags bei Erfüllung des einen gar nicht kannte (das ist allerdings wohl nur denkbar bei gleichzeitigem Handeln des Verkäufers und seines Vertreters). Von Griesbach[1]) wird hier das Unvermögen als unverschuldet bezeichnet und daher als ein nicht zu vertretendes angesehen. Das erscheint jedoch nicht zutreffend. Wo eine Kollisionsmöglichkeit durch den Parteiwillen geschaffen wird, wo die Vertretungsmacht also eine gewillkürte ist, hat der Vollmachtgeber vielmehr dafür zu sorgen, daß unzweckmäßiges Doppelhandeln vermieden wird. Tut er dies nicht, so hat er mit vollem Recht für eine Unmöglichkeit einzustehen, die die Folge eines kollidierenden Handelns ist.

Wir haben die Erörterung über die Vertretbarkeit einer Unmöglichkeit hier eingeflochten, weil alle Schriftsteller darauf besonderen Nachdruck legen und wir später zur Kritik der einzelnen Theorien der Klarheit hierüber bedürfen. Doch ist die Feststellung dieser Tatsache für die Frage, ob der Käufer zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet ist, gleichgültig. Würde man nämlich zu dem Ergebnis kommen, daß der Verkäufer das Unvermögen nicht zu vertreten habe, so würde eben ein von keiner Partei zu vertretendes Unvermögen vorliegen und die Befreiung des Käufers von der Zahlungspflicht sich schon aus § 323 ergeben (z. B. bei Enteignung). Die Berufung auf diesen Paragraphen steht auch nicht etwa in Widerspruch mit § 446, wie hier nochmals hervorgehoben sein mag. Denn im letzteren Paragraphen handelt es sich um durch zufälligen Untergang oder zufällige Verschlechterung herbeigeführte Unmöglichkeit, hier um ein schon vor Eintritt eines dieser Ereignisse vorhandenes die Aufhebung der Leistungen bewirkendes Unvermögen.

§ 7.

Ist Übergabe oder Auflassung allein teilweise Erfüllung?

Von größerer Bedeutung ist die Untersuchung, ob in der Übergabe oder Auflassung allein eine teilweise Erfüllung zu er-

[1]) S. 28 ff.

blicken ist. Eine Erörterung hierüber könnte auf den ersten Blick überflüssig erscheinen, weil die Käufer nach § 325 Satz 2 wegen mangelnden Interesses an der Teilerfüllung vom ganzen Vertrage zurücktreten, bezw. wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages Schadenersatz verlangen können. Diese Möglichkeit trifft für den Käufer, dem nur übergeben ist, auch zu; er kann mit dem übergebenen Grundstück nichts anfangen, da der eingetragene Käufer es ihm sofort auf Grund des § 985 entreißen kann. An der Übergabe allein hat er kein Interesse. Daß er das gekaufte Haus vermieten oder benutzen, das gekaufte Grundstück bewirtschaften kann, bis der eingetragene Käufer es ihm nach kurzer Zeit auf Grund seines Eigentums wieder entreißt, ist für ihn völlig wertlos und besonders deswegen wertlos, weil er auch die Nutzungen vom Zeitpunkt sicherer Kenntnis des Eigentumsüberganges auf den anderen Käufer herausgeben muß. Anders der eingetragene Käufer. Von ihm würde der Beweis vielleicht schwer zu erbringen sein, daß die Eintragung allein für ihn zwecklos gewesen sei, da er ja die Eigentumsklage gegen den anderen Käufer hat. Die Übergabe an den letzteren würde mithin die teilweise Erfüllung der Eigentumsverschaffung nicht oder nicht immer zu einer solchen machen, an der er kein Interesse mehr haben kann. Deshalb bedarf es eines näheren Eingehens auf diese Frage.

Die herrschende Ansicht kommt hier ausgehend von dem zeitlichen Auseinanderfallen beider Erfüllungsmomente zur Annahme einer nur teilweisen Unmöglichkeit.[1]) Oertmann sagt, daß die Eigentumsverschaffung allerdings so entscheidend für den Vertragszweck sein könne, daß dieser ohne dieselbe auch nicht teilweise befriedigt werde, z. B. wenn jemand sich gegen Entgelt zur Verschaffung einer Sache verpflichte, die notorisch einem Dritten gehöre, und von diesem, falls er nicht mit der Überlassung einverstanden sei, sofort dem Käufer wieder abgestritten würde. Das treffe aber nur ausnahmsweise zu, so in der Regel nicht beim Verkauf verbrauchbarer Sachen, eines zur einmaligen Lektüre be-

[1]) So Staudinger § 440, 3; Planck § 440, 4 (beide ohne nähere Begründung); Kipp S. 680; Oertmann § 433, 2a.

stimmten Buches. Wir halten die Ansicht, daß die Übergabe bald teilweise Erfüllung bedeutet, bald nicht die Wirkung einer solchen hat, nicht für zutreffend. Jedenfalls ist auch beim Verkauf verbrauchbarer Sachen zur Zeit des Vertragsschlusses wie zur Zeit der Übergabe die Eigentumsverschaffung ebenso wesentlich wie bei anderen Gegenständen, denn auch bei verbrauchbaren Sachen hat der dritte Eigentümer zunächst die Möglichkeit der sofortigen Entziehung, und es kann mithin im Augenblick der Übergabe diese noch nicht teilweise Erfüllung bedeuten. Wenn aber später durch irgendwelche Umstände, z. B. durch Verbrauch, ohne Zutun des Verkäufers die Möglichkeit der Entziehung fortfällt, so kann dadurch nicht die Übergabe, die bisher nicht die Wirkung einer teilweisen Erfüllung hatte, zur teilweisen Erfüllung werden. Außerdem hat aber in diesem Falle der Eigentümer immer statt des Eigentumsanspruchs gemäß §§ 989, 990 einen Schadensersatzanspruch gegen den bösgläubigen Käufer, wenn durch dessen Verschulden die Sache verschlechtert wird, untergeht oder aus einem andern Grunde nicht herausgegeben werden kann. Auch Oertmann führt nicht weiter aus, aus welchen Gründen die Eigentumsverschaffung beim Verkauf verbrauchbarer Sachen nicht oder weniger wesentlich ist als bei anderen Gegenständen. Wenn ferner der Käufer eines Buches damit einverstanden ist, daß er den Kaufpreis zahlen muß, obwohl ihm das Buch, nachdem er es gelesen, wieder fortgenommen wird, so liegt gar kein Kauf, sondern Miete vor.

Unseres Erachtens ist die von Endemann,[1] Titze,[2] Eccius[3] vertretene Meinung die zutreffende. Beim Kaufvertrag sind beide Haupterfüllungsakte zu einer Einheit zusammengefaßt.[4] Beide sind wesentliche Momente der Gesamterfüllung.[5] Von einer Teilleistung kann, wie Endemann mit Recht ausführt, deswegen keine Rede sein, weil diese vollkommene Leistung eines

[1] S. 962 Anm. 23.
[2] S. 44.
[3] Gruchot Bd. 50 S. 499.
[4] Endemann, Titze.
[5] RG. Bd. 50 S. 138.

der mehreren und voneinander trennbaren Kaufgegenstände vorausſetzt.

Richtig begründet u. E. Griesbach,[1]) indem er ausführt: Die Beſitzübertragungspflicht bildet ein weſentliches Leiſtungsmoment; mithin iſt die Geſamtleiſtung minus einem weſentlichen Moment (Beſitzübertragungspflicht) keine Teilleiſtung, ſondern ein aliud. Deshalb muß Unvermögen zu einem weſentlichen Leiſtungsmoment gleichbedeutend mit Unvermögen zur ganzen Leiſtung ſein. Wenn alſo der Verkäufer zur Eigentumsverſchaffung oder zur Übergabe unvermögend wird, ſo liegt u. E. Unvermögen zur ganzen Leiſtung vor.

Wir gehen nunmehr zur Darſtellung der einzelnen Theorien ſelbſt über.

§ 8.

I. Theorie: Nur der eingetragene Käufer haftet.

A. Die herrſchende Theorie läßt nur den eingetragenen Käufer haften. Sie wird vertreten von Planck,[2]) Staudinger,[3]) Crome,[4]) Oertmann,[5]) Kiſch,[6]) Turnau-Förſter.[7]) Nach den Genannten hat ſich der Verkäufer dem erſten Käufer gegenüber die Erfüllung durch Auflaſſung an den zweiten in einer von ihm zu vertretenden Weiſe unmöglich gemacht. Und zwar iſt, ohne daß dies beſonders hervorgehoben iſt, gänzliches Unvermögen angenommen oder doch ein dieſem nach § 325 Satz 2 gleichzuſtellendes teilweiſes Unvermögen. In dem Moment der Auflaſſung entſtanden für den erſten Käufer die Rechte aus §§ 325—327.

Wir wollen hier noch nicht unterſuchen, ob die Annahme eines Unvermögens in allen Fällen gerechtfertigt iſt, ſondern unterſtellen hier die Richtigkeit dieſer Annahme und prüfen, ob

[1]) S. 26.
[2]) § 446, 2b.
[3]) § 446, 2e.
[4]) Bd. 2 § 213 S. 418.
[5]) § 446, 6c.
[6]) S. 62/63.
[7]) Bd. 1 § 925 VI, 5.

die daraus gezogenen Folgerungen zutreffend sind. Daß der Verkäufer ohne Einwilligung des eingetragenen Käufers das Eigentum dem ersten Käufer nicht mehr verschaffen kann, ist zweifellos. Da die Begründung im übrigen nach unseren obigen Darlegungen zutreffend ist, so kommen wir zu dem Ergebnis, daß bei Annahme eines gänzlichen oder nach § 325 Satz 2 diesem gleichzuachtenden teilweisen Unvermögens des Verkäufers dem ersten Käufer gegenüber der letztere auf Grund seines Rücktrittsrechtes oder Schadensersatzanspruchs dem Kaufpreisbegehren des Verkäufers erfolgreich entgegentreten kann.

Nun zum eingetragenen Käufer. Konnte ihm der Verkäufer bis zum Untergang noch übergeben? Das vermochte er ebenso wenig, wie es ihm möglich war, dem ersten Käufer noch Eigentum zu verschaffen. Er hat kein Mittel, die einmal bewirkte Übergabe ohne Einwilligung des ersten Käufers wieder rückgängig zu machen. Einer etwaigen Klage setzt der Käufer mit Erfolg den § 986 Abs. 1 entgegen, da er ja dem Verkäufer gegenüber zum Besitze berechtigt ist. Man kann aber auch nicht etwa, wie es sonst wohl möglich sein mag, annehmen, daß mit der Auflassung stillschweigend auch der Anspruch auf Herausgabe abgetreten sei. Denn der Verkäufer hatte zur Zeit der Auflassung gar keinen Anspruch auf Herausgabe mehr.

Daß der Verkäufer auch dem eingetragenen Käufer die Übergabe nicht zu verschaffen vermochte ohne Einwilligung des ersten Käufers, verkennen auch die obengenannten Schriftsteller nicht. Trotzdem sie also auch hier Unvermögen des Verkäufers annehmen, soll sich doch der eingetragene Käufer nicht darauf berufen können. Planck und Staudinger geben allerdings keinen Grund für ihre Auffassung an. Der Gedankengang der anderen Schriftsteller ist folgender: Der eingetragene Käufer sei trotz der Übergabe an einen anderen Käufer ebensogut in der Lage, das Grundstück kraft seines Eigentums von diesem (§ 985) wie auf Grund des Vertrages vom Verkäufer zu erlangen. Nur der Untergang hindere ihn daran. Ihm gegenüber habe der Verkäufer die Hauptpflicht erfüllt.[1]) Nach Cromes Ansicht,[2]) die hier noch

[1]) Dertmann § 446 S. 346.

[2]) Bd. 2 § 213 S. 418.

zitiert sein mag, ist derjenige Käufer, der sich das Fehlende ohne besonderes Entgelt hinzuverschaffen kann, so zu behandeln, als hätte er es vom Verkäufer erlangt, während derjenige, der das Erlangte doch herausgeben muß, so zu behandeln sein soll, als hätte er gar nichts erhalten. Auf Grund dieser Erwägungen schneiden die Genannten dem eingetragenen Käufer die Rechte aus dem Unvermögen des Verkäufers ab und kommen dadurch zu dem Resultat, daß dieser Käufer, und nur dieser, den Kaufpreis zahlen muß.

§ 9.

Kritik dieser Theorie.

Ist diese Ansicht und ihre Begründung richtig? Unseres Erachtens nicht. Zunächst trifft es gar nicht zu, daß der eingetragene Käufer in jedem Fall kraft seines Eigentums sein Verlangen auf Übergabe gegen den bloß besitzenden lediglich nach § 985 durchsetzen kann. In direktem Gegensatz zu der entwickelten Ansicht hat nämlich das Reichsgericht[1]) einem nur besitzenden Käufer, der zunächst die Verurteilung des Verkäufers zur Auflassung erzielt hatte, zur Erlangung der Auflassung gegenüber dem eingetragenen Käufer verholfen. Allerdings wegen arglistigen, auf Vereitelung der Auflassung an den ersten Käufer gerichteten Verhaltens des Verkäufers und des zweiten Käufers auf Grund des § 826 (und unter einer wohl nicht zu billigenden Annahme von Nichtigkeit des zweiten Vertrages, vgl. S. 5/6).[2])

Hält man die Anwendung des § 826 für richtig, wie das auch Planck[3]) und Joseph[4]) tun, so läßt sich nicht verkennen, daß dadurch die aufgestellte Theorie erheblich erschüttert wird. Man wird in solchen Fällen dem Käufer es nicht versagen können, daß er gegenüber dem Kaufpreisanspruch des Verkäufers einwendet, der erste Käufer habe ihm ja ohne weiteres das Eigentum wieder entziehen können. (Die gegenseitige Arglist hebt sich

[1]) Bd. 62 S. 137.
[2]) Planck, DJZ. 1907 S. 15 und Joseph S. 541/42.
[3]) DJZ. 1907 S. 13—16.
[4]) a. a. O.

auf.) Ja man würde hier zu dem gerade entgegengesetzten Ergebnis kommen, daß der erste Käufer den Kaufpreis nicht nach §§ 325, 326 weigern könne, da er sich ja jederzeit die Auflassung gemäß § 826 hätte hinzuverschaffen können, wenn man dem Verkäufer nicht aus Billigkeitsgründen hier das Berufen auf seine Arglist versagen müßte.

Aber auch abgesehen von dem vielleicht als Ausnahme zu bezeichnenden Fall zweiseitiger Arglist sprechen noch andere wichtige Gründe gegen die obige Auffassung.

Allerdings kann der eingetragene Käufer, vom Vorliegen einer beiderseitigen Arglist abgesehen, stets vom besitzenden Käufer die Herausgabe des Grundstücks erzwingen. Der letztere verliert mit der überzeugenden Kenntnis [1]) von der Auflassung seine Berechtigung zum Besitz und muß von nun an auch die Nutzungen nach §§ 987, 990 herausgeben.

Zur Widerlegung der Theorie springen wir von unserem oben zugrunde gelegten Beispiel ab und nehmen hier den Fall, daß *der erste Käufer eingetragen, dem zweiten übergeben ist*; denn nur an diesem Falle läßt sich die Unrichtigkeit der Ansicht nachweisen. Daß die eingetragenen Käufer in beiden Fällen bezüglich der Möglichkeit, sich auf Grund des Eigentums die Übergabe hinzuzuverschaffen, völlig gleich zu behandeln sind, wird wohl keiner bestreiten. Also auch in diesem Falle soll der eingetragene Käufer nicht bis zum Untergang die Einrede des nicht erfüllten Vertrages haben, soll sich auch nachher nicht auf das Unvermögen des Verkäufers, also auf § 325 berufen können, d. h. mit anderen Worten, der Verkäufer soll hier besser, der Käufer schlechter behandelt werden, als wenn der Untergang von keiner Partei zu vertreten wäre, denn dann fielen die Leistungen gemäß § 323 in sich zusammen. Das allein beweist schon die Haltlosigkeit der Auffassung. Doch wir gehen weiter und sehen einmal vom Eintritt eines Untergangs ab, wie wir ja ruhig können, da die entwickelte Ansicht den Untergang dem eingetragenen Käufer gegenüber als nicht geschehen behandelt (er muß zahlen, als ob ihm geleistet wäre). Die Anhänger der obigen Ansicht

[1]) Joseph S. 536.

müssen konsequenterweise dem eingetragenen Käufer auch das Recht absprechen, den Verkäufer gemäß § 326 in Verzug zu setzen; denn das Inverzugsetzen ist doch nur ein Umweg, um zu den Ansprüchen zu gelangen, die § 325 direkt nicht gewähren soll. Der wahre Grund ist auch hier das Unvermögen. Eine Frist zu setzen ist eigentlich unnötig, denn es ist ja schon klar, daß nicht geleistet wird, da Verkäufer (wie angenommen) unvermögend ist. Ebenso müssen sie dem eingetragenen Käufer die Einrede des nicht erfüllten Vertrages verweigern.

Jeder andere eingetragene Grundstückskäufer hat doch aber wie jeder andere Käufer bei Nichterfüllung die Rechte aus §§ 325, 326. Doch warum soll er sie haben? Kann auch er sich nicht ebensogut das Fehlende hinzuverschaffen?

Hält man, wie wir, diese Folgerungen für richtig, so fühlt man, wie der Boden schwindet. Man kommt mit der von den genannten Schriftstellern gegebenen Begründung schließlich dazu, dem eingetragenen Grundstückskäufer jedes Recht aus §§ 320, 325, 326 zu nehmen oder mit anderen Worten den Verkäufer von der Pflicht zur Übergabe zu entbinden. Nur wenn die letztere Pflicht nicht im Bürgerlichen Gesetzbuch enthalten wäre, wäre die Theorie richtig. So wie die Dinge liegen, ist sie mit § 433 unvereinbar. Was wir aber hier für den Fall, daß zuerst eingetragen, dann übergeben wird, erörtert haben, muß notwendig in gleicher Weise gelten, wenn umgekehrt zunächst übergeben, dann dem zweiten Käufer aufgelassen wird, trotzdem hier nicht die §§ 323, 325 zu Gebote stehen. In beiden Fällen kann sich der eingetragene Käufer kraft seines Eigentums die fehlende Übergabe hinzuverschaffen. Muß er das aber im ersten Falle nicht, kann er sich vielmehr hier auf § 440 berufen, wenn der Verkäufer seine Übergabepflicht nicht erfüllt, so kann auch im zweiten Falle unmöglich die Pflicht zur Kaufpreiszahlung lediglich damit begründet werden, daß der Käufer sich die Übergabe hinzuverschaffen kann oder hätte hinzuverschaffen können. Der Verkäufer, der niemals seiner Pflicht zur Übergabe hätte nachkommen können, hat auch kein Recht auf Zahlung des Preises.

Uns erscheint die Entscheidung der obengenannten Schriftsteller auch nicht einmal billig. Es liegt doch wirklich kein Grund

vor, einen Verkäufer, der selbst die Unmöglichkeit verschuldet hat, besser zu behandeln als einen Verkäufer, der sich z. B. in Verzug setzen läßt und infolgedessen den Rücktritt des Käufers zu dulden hat, und besser als in einem Falle, wo keine Partei die Unmöglichkeit zu vertreten hat.

Wir lehnen auf Grund unserer Ausführungen die obige Theorie ab und kommen zu dem Ergebnis, daß wenn man Unmöglichkeit annimmt, auch der eingetragene Käufer ebenso wie der nur besitzende die Zahlung des Kaufpreises weigern kann.

§ 10.

II. Theorie: Keiner der Käufer haftet.

B. Unser Ergebnis führt uns zur zweiten Theorie: Keiner der Käufer haftet.[1]) Auch diese Theorie nimmt Unvermögen des Verkäufers an. Cosack führt aus: „Keiner der Käufer braucht zu zahlen, der eine nicht, weil ihm nicht aufgelassen, der andere nicht, weil ihm nicht übergeben ist und weil die Unfähigkeit des Verkäufers, seinen Verpflichtungen nachzukommen, nicht oder nicht allein durch die Gewalt des Meeres, sondern in erster Reihe durch das vom Verkäufer getriebene Doppelspiel verursacht ist". Cosack geht also von einem Doppelspiel, einer Arglist des Verkäufers aus, die gar nicht immer vorzuliegen braucht. Welche Folgen eine etwaige Arglist hat, soll erst später erörtert werden.

Eine zutreffende, allerdings nur kurze Begründung gibt Enneccerus: Der Verkäufer war jedem der Käufer sowohl zur Auflassung wie zur Übergabe verpflichtet, hat sich also jedem gegenüber die Erfüllung seiner Verpflichtung schuldhaft unmöglich gemacht. Jeder von beiden hat also ein Rücktrittsrecht nach § 325, das auch durch zufälligen Untergang oder zufällige Verschlechterung der Sache nicht aufgehoben wird (§§ 327, 350). Enneccerus scheint danach allerdings auch bei anfänglichem Unvermögen § 325 anwenden zu wollen. Das ist jedoch, wie bereits in § 5 erörtert, deswegen nicht angängig, weil die Wortfassung dem widerspricht. Sonst ist diese Ansicht völlig konsequent. Es

[1]) So Cosack Bd. 1 § 125 VI; Enneccerus Bd. 1 S. 836 Anm. 9.

läßt sich nicht verkennen, daß der eingetragene Käufer eine viel stärkere Rechtsposition hat, daß uns Billigkeit und Rechtsgefühl dazu drängen, nur ihm die Gefahr aufzubürden, aber es ist nach dem Gesetze unmöglich, dem einen Käufer vorzuenthalten, was man dem anderen einräumt. Es ist deshalb logische Notwendigkeit, bei Annahme von Unmöglichkeit beide Käufer von der Haftung loszusprechen, eine Konsequenz, die zunächst unbillig erscheint, besonders dann, wenn der Verkäufer vom Doppelverkauf gar nichts ahnt. Denn trotzdem er sowohl das Grundstück aus der Hand gegeben wie auch das Eigentum verloren hat, trifft ihn jede Gefahr, während nach § 446 Abs. 2 jeder der beiden Erfüllungsakte dem Käufer im gewöhnlichen Fall die Gefahr überträgt. Aber gegen das Gesetz verstößt die Entscheidung nicht. Man darf nämlich nicht vergessen, daß auch in diesem Fall der Verkäufer, wie oben dargelegt, die Unmöglichkeit zu vertreten hat. Der Fall liegt nicht anders, als wenn beim einfachen Verkauf jeder andere Verkäufer, der bereits übergeben oder aufgelassen und damit Gefahr übertragen hat, doch den Preis nicht bekommt, weil der Käufer ein Rücktrittsrecht nach § 440 hat.

§ 11.

III. Theorie: Beide Käufer haften.

C. Wir kommen zur dritten von Martinius, Schollmeyer, Hellmann, Dernburg und Titze verfochtenen Theorie: Der Verkäufer kann von beiden Käufern den Kaufpreis einfordern.

Die nur sehr kurzen Begründungen der zuletzt Genannten sind unvollständig und deshalb nur kurz zu erwähnen. Schollmeyer[1]) findet den Anspruch auf doppelte Zahlung deshalb gerechtfertigt, weil der zweite Kaufvertrag nicht gegen die guten Sitten verstößt. Das ist bereits oben dargelegt, trifft aber den Kernpunkt nicht. Hellmann[2]) meint, es sei nicht unbillig, daß der Verkäufer, der auf zufällige Verschlechterung der Sache nicht spekuliert

[1]) S. 18.
[2]) S. 203.

lieren könne, wenn sie doch eintrete, einen Anspruch auf doppelten Kaufpreis habe, da er ja auch doppelt hafte. Aber wenn jemand sich in von ihm zu vertretender Weise eine doppelte Haftung zuzieht, so folgt daraus nicht, daß er, wenn diese Haftung durch Zufall fortfällt, nun als Äquivalent für sein schuldhaftes Verhalten den doppelten Kaufpreisanspruch haben soll. Titze[1]) hält es für selbstverständlich, daß alle mit der Gefahr belasteten Käufer zur Zahlung verpflichtet sind. Dernburg[2]) spricht nur davon, daß in der Mehrzahl der Fälle der Anspruch des Verkäufers gegen den zweiten Käufer als gegen die guten Sitten verstoßend zurückzuweisen sei, daß dies jedoch von besonderer Gestaltung des Falles abhängen soll.

Wenn auch keiner der Genannten es ausdrücklich hervorhebt, so gehen sie doch alle davon aus, daß sie ein durch den zweiten Verkauf begründetes Unvermögen des Verkäufers zur Leistung an den anderen Käufer nicht annehmen. Am ausführlichsten erörtert ist diese Theorie bei Martinius.[3]) Wir folgen hier seiner Darstellung.

Martinius bekämpft die herrschende Auffassung, daß der Verkäufer sich bereits durch die Auflassung die Erfüllung an den ersten Käufer durch seine Schuld unmöglich gemacht habe und daß bereits durch Übertragung des Eigentums dem ersten Käufer ein Schadensersatzanspruch entstanden sei. Wie man Eigentum an einer einem Dritten gehörenden Sache verschaffen könne, so sei auch trotz Auflassung an den zweiten Käufer die Eigentumsverschaffung an den ersten an sich nicht unmöglich geworden, sie sei dies erst durch den Untergang, dessen schädigende Folgen der Käufer seit der Übergabe zu tragen habe. Martinius sagt, die Ansicht der Gegner sei nur richtig, wenn man dem Käufer einen Schadensersatzanspruch gegeben hätte, sobald das verkaufte Grundstück nachweisbar im Eigentum eines Dritten stand oder in das Eigentum eines Dritten geriet, ohne Rücksicht auf die Möglichkeit nachträglicher Verschaffung. Nach dem Stande der Gesetzgebung könne

---

[1]) S. 272.
[2]) Bd. 2 § 174 Anm. 9.
[3]) Arch. S. 75 ff.

der Käufer erst Schadensersatz bei Verzug fordern, und dieser könne nicht eintreten, wenn das Grundstück vor Herannahen des Termins zur Eigentumsverschaffung zufällig untergegangen sei. Die unerbittliche Logik nötige deshalb dazu, von dem Vorliegen eines arglistigen Handelns oder eines Verstoßes gegen die guten Sitten abgesehen, beiden Käufern Zahlung des Kaufpreises zuzumuten, falls nicht § 281 anzuwenden sei.

Wir haben schon oben erörtert, daß uns bezüglich der Entstehung des Schadensersatzanspruchs die entgegengesetzte Ansicht richtig erscheint, daß also der Anspruch bereits zur Zeit des Unterganges entstanden war. Wir weisen deshalb die Auffassung von Martinius zurück.

Auf die Folgen eines arglistigen Handelns oder eines Verstoßes gegen die guten Sitten auf seiten des Verkäufers sowie auf die Anwendbarkeit des § 281 kommen wir weiter unten.

Der Kernpunkt der Ausführungen von Martinius ist: Die Auflassung an den einen Käufer hat die Auflassung an den anderen noch nicht unmöglich gemacht. Es liegt deshalb kein Unvermögen vor. Daher hat der Käufer nur Rechte aus § 326, d. h. erst nachdem er in Verzug gesetzt hat, nicht aus § 325. Die notwendige Konsequenz dieser Auffassung ist, daß ganz allgemein die Rechte aus § 325 nur bei objektiver Unmöglichkeit gegeben sein sollen. Denn subjektives Unvermögen läßt sich, bis es überobligationsmäßig und damit der objektiven Unmöglichkeit nach der herrschenden Lehre gleichgeachtet wird, immer heben und ist daher nicht vorhanden. Diese Auffassung verstößt aber gegen die Vorschriften des Gesetzes. In den §§ 323—327 ist das subjektive Unvermögen der objektiven Unmöglichkeit gleichgestellt, wie sich aus § 275 ergibt.[1]) Nach dem Gesetz müssen also die Rechte aus § 325 auch zur Verfügung stehen, wenn subjektives Unvermögen vorliegt.

Nimmt man mit den Anhängern dieser Theorie ein Unvermögen als nicht vorliegend an, so ist allerdings die logische Notwendigkeit, daß allein Verzug des Verkäufers den Käufer befreien kann, daß aber ohnedies, und wenn auch andere Behelfe

[1]) So z. B. Planck Vorbem. zu §§ 323—327 S. 143; Staudinger § 323, 8; Oertmann § 323, 4; Kleineidam S. 154.

(von denen, wie schon gesagt, weiter unten gesprochen werden soll) nicht einem Käufer zur Verfügung stehen, beide zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet sind.

§ 12.

Liegt Unvermögen vor?

Wir kommen nun zur Erörterung der Frage, ob hier Unvermögen vorliegt oder nicht. Annahme desselben ist der Ausgangspunkt der ersten und zweiten, Nichtannahme der der dritten Theorie. Im ersten Falle kommen wir zu dem Ergebnis, keinen Käufer, hier dazu, sie beide haften zu lassen.

Zugegeben muß werden, daß der Verkäufer theoretisch auch trotz Auflassung bis zum Untergang dem besitzenden Käufer ebensogut wie dem eingetragenen noch vollständig erfüllen kann; er kann einen Vertrag mit Einwilligung des Käufers rückgängig machen, einer der Käufer kann selbst an den anderen leisten. Diese Leistung steht der Erfüllung durch den Käufer gleich. Aber die Konsequenzen der Annahme einer unbeschränkten Erfüllungsmöglichkeit führen doch zu weit. Auch der Dieb ist theoretisch in der Lage, dem Käufer der gestohlenen Sache das Eigentum zu verschaffen, obwohl es praktisch so gut wie ausgeschlossen erscheint. Trotzdem muß nach der dritten Theorie der Käufer den Kaufpreis zahlen. Oder man denke sich den Fall, daß der eingetragene Käufer jede Rücktrittsverhandlung rundweg abgelehnt, ja schon die Klage auf Herausgabe gegen den ersten Käufer angestrengt oder auch schon die Verurteilung erreicht hat, als das Grundstück zugrunde geht. Denkbar ist auch hier noch immer, daß der Verkäufer dem ersten Käufer erfüllt hätte, also muß er zahlen. Diese Beispiele zeigen zur Genüge, daß von einer Möglichkeit zur Erfüllung dann nicht mehr die Rede sein kann, wenn diese zur höchsten Unwahrscheinlichkeit wird.

Die Anhänger der anderen Theorie, die in jedem Falle Unvermögen des Verkäufers annehmen, müssen zugeben, daß der Verkäufer dann nicht zur Leistung unvermögend geworden ist, wenn er sich von dem ersten Käufer ein Rücktrittsrecht ausbedungen hatte. Sie müssen also, wenn dies bestritten ist, mindestens

hierüber den Beweis zulassen. Wie aber ist es, wenn die Verhandlungen über Rücktritt eines Käufers bei Untergang des Grundstücks schon fast zum Abschluß gediehen sind? Wenn der Rücktritt ohne den Eintritt des Untergangs zweifellos erfolgt wäre? Wir nehmen folgendes Beispiel: Der eine Käufer erklärt sich bereit, vom Vertrage zurückzutreten, wenn der Verkäufer ihm eine Abstandsumme von 1000 Mk. zahlt (weitere Bedingungen werden nicht gemacht). Der Verkäufer verspricht, dies am folgenden Tage zu tun; er ist auch schon mit den 1000 Mk. und in Begleitung eines Notars, der die Rücktrittserklärung aufnehmen soll, vor dem Hause des Käufers angelangt, als er erfährt, daß das Grundstück in der letzten Nacht untergegangen ist. Darauf sagt ihm der Notar, daß er nunmehr die 1000 Mk. nicht zu zahlen brauche, ja vielleicht sogar den doppelten Kaufpreis erhalten könne. Infolgedessen wird das Geld nicht gezahlt, und der Rücktritt unterbleibt, nur weil das Grundstück untergegangen war. Ohnedies wäre er also sicher erfolgt. Kann in solchen Fällen noch von Unmöglichkeit gesprochen werden, wo die Erfüllung ohne den Untergang nach menschlichem Ermessen höchstwahrscheinlich erfolgt wäre? Unseres Erachtens nicht.

Wann aber wird die von einem Teil der Schriftsteller stets angenommene Möglichkeit der Erfüllung zur höchsten Unwahrscheinlichkeit, wann die nach der anderen Theorie allgemein angenommene Unmöglichkeit der Erfüllung zur höchsten Wahrscheinlichkeit? Das kann nur die Lage des einzelnen Falles entscheiden. Es kommt darauf an, ob der Nachweis der Erfüllungsmöglichkeit geführt wird. Weder die Unmöglichkeits- noch die Möglichkeitstheorie hat Anspruch auf absolute Richtigkeit, sondern nur auf relative. Je nach Lage der Dinge wird man der einen oder der anderen folgen müssen.

Als Ergebnis stellen wir also fest, daß der Verkäufer nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs ein Wahlrecht unter beiden Käufern hat, daß aber die Klage auf Zahlung nur gegen denjenigen Erfolg haben kann, dem gegenüber der Nachweis der Erfüllungsmöglichkeit geführt wird.

Aus den angedeuteten Beispielen aber geht zugleich hervor,

daß sich in der Praxis die Entscheidung vielfach leichter und billiger wird treffen lassen, als es nach der abstrakten Theorie den Anschein erweckt. Häufig, wenn man bei der Seltenheit der Fälle so sagen darf, wird der Verkäufer mit einem der Käufer oder auch mit beiden Rücktrittsverhandlungen anknüpfen. Er wird deshalb häufig zwar dem einen, nicht aber dem anderen gegenüber seine Erfüllungsmöglichkeit dartun können. Dann löst sich die Entscheidung dahin, daß wenn dieser Käufer die Zahlung nicht aus anderen Gründen weigern kann, der ersten Klage stattgegeben, die zweite aber abgewiesen wird. Äußerst selten oder wohl überhaupt nicht dürfte der Nachweis der Erfüllungsmöglichkeit gegen beide Käufer erbracht werden. Ist bereits ein Käufer auf Grund des geführten Nachweises verurteilt, so wird dieses Urteil, das allerdings nur inter partes wirkt, doch im zweiten Prozeß ein wichtiges Gegenbeweismittel gegen den Verkäufer bilden. Eher denkbar ist es, daß keinem Käufer gegenüber der Beweis der Erfüllungsmöglichkeit geführt wird, weil der Untergang stattfindet, bevor irgendwelche Verhandlungen über etwaigen Rücktritt möglich waren.

§ 13.

Beweislast.

Wir schließen hier die Frage der Beweislast an. Nach § 442 hat der Käufer einen Mangel im Rechte beim Bestreiten des Verkäufers zu beweisen, auch wenn er gegenüber dem Zahlungsanspruch die Einrede des nicht erfüllten Vertrages geltend macht. Ebenso wenn er Rücktritt erklärt oder Schadensersatz fordert. Jedoch wird, wie das Reichsgericht[1]) sagt, angenommen, daß dieser Nachweis allgemein schon durch die Tatsache gegeben ist, daß der Verkäufer nach dem Kaufabschluß das Kaufobjekt einem Dritten unbedingt und rechtsgültig veräußert hat. Dasselbe muß gelten, wenn eine solche Veräußerung schon bei Kaufabschluß vorlag. Wir haben schon oben ausgeführt, daß wir mit der herrschenden Ansicht in der Veräußerung oder Übergabe an einen Dritten eine dauernde Unmöglichkeit erblicken. In solchen Fällen

[1]) Bd. 31 S. 186.

sollen nun, wie das genannte Reichsgerichtsurteil weiter oben ausführt, im allgemeinen vom Verkäufer besondere Umstände nachgewiesen werden, daß ihm trotz der vertragswidrigen Entäußerung die Leistung möglich war.[1]) Erbringt der Verkäufer also diesen Beweis nicht, so wird die Klage auf den Kaufpreis abgewiesen.

Käme es darauf an, ob das Unvermögen auf einem vom Verkäufer zu vertretenden Umstande beruht, so müßte der Verkäufer nach § 282 nachweisen, daß dies nicht der Fall ist, wenigstens da, wo es sich um nachträgliches Unvermögen handelt. Anfängliches Unvermögen hat der Verkäufer ja stets zu vertreten. Da es sich hier nur um Berechtigung des Verkäufers auf den Kaufpreis handelt, ist aber die Frage, ob er das (nachträgliche) Unvermögen nach § 325 zu vertreten hat, belanglos, denn selbst, wenn dies nicht der Fall wäre, würde der Käufer nach § 323 von der Zahlung frei sein.

§ 14.

Positive Vertragsverletzung. § 826. § 324.

Kommen wir nach den vorstehenden Ausführungen möglicherweise dazu, einen Käufer, dem der Verkäufer seine Erfüllungsmöglichkeit nachweist, haften zu lassen, so entsteht hier die weitere Frage, ob diesem Käufer nicht andere Behelfe zur Abwehr des Zahlungsanspruchs zu Gebote stehen.

Wir verweilen noch beim kontraktlichen Verschulden des Verkäufers und nehmen an: Der Nachweis der Erfüllungsmöglichkeit gegenüber dem ersten Käufer ist geglückt. Kann dieser sich dann vielleicht auf positive Vertragsverletzung berufen? Das Reichsgericht[2]) hat in einer bekannten Entscheidung ausgesprochen, daß in der bestimmten, schon vor Lieferung der Ware und vor Fälligkeit des Kaufpreises abgegebenen Erklärung des Verkäufers: „er annulliere den Vertrag" eine positive Vertragsverletzung zu sehen

[1]) Ebenso Planck § 280, 2 S. 81; Staudinger § 280, 2 letzter Abs.; Oertmann Vorbem. zu § 275, 5 unten; RG. Bd. 47 S. 302, Bd. 52 S. 95.

[2]) Bd. 57 S. 113.

sei, die die entsprechende Anwendung des § 326 rechtfertige. Schließt der Verkäufer absichtlich den zweiten Vertrag, um die Erfüllung des ersten zu hintertreiben, so wird man ein derartiges die Erfüllung vereitelndes Handeln des Verkäufers kaum anders bewerten können wie eine ausdrücklich darauf gerichtete Erklärung gleichen Sinnes. Wir halten deshalb die Berufung des ersten Käufers auf eine positive Vertragsverletzung bei absichtlichem, auf Nichterfüllung des ersten Vertrages gerichteten Handeln für denkbar. Auf bloß fahrlässigen Abschluß des zweiten Vertrages wird man das nicht ausdehnen können. Kennt der Verkäufer den Abschluß des ersten Vertrages nicht, so kann selbstverständlich von positiver Vertragsverletzung keine Rede sein. Bemerkt sei noch, daß jeder erste Käufer, sei er nun im Besitz oder habe er Eigentum erhalten, sich auf positive Vertragsverletzung berufen könnte.

Ist der zweite Vertrag in der Absicht der Vereitelung des ersten eingegangen, so geben wir jedem ersten Käufer im Anschluß an das früher zitierte Reichsgerichtsurteil[1]) einen Schadensersatzanspruch aus § 826 sowohl dann, wenn auch der zweite Käufer von der Absicht weiß, wie auch dann, wenn der Verkäufer allein den Plan der Vereitelung hegt. Auch im letzteren Falle will der Verkäufer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise in der Regel dem ersten Käufer Schaden zufügen.

Dernburg meint, daß der Anspruch gegen den zweiten Käufer meistens gegen die guten Sitten verstoße, gibt aber selbst zu, daß dies von besonderer Gestaltung des Falles abhänge.

Einen Weg aber, um in allen Fällen den Anspruch gegen den zu zweit belangten Käufer abzuwehren, gibt Stern[2]) an. Wir haben schon oben gesagt, daß der Nachweis der Erfüllungsmöglichkeit höchst selten beiden Käufern gegenüber geführt wird. Aber wir denken uns z. B., daß der erste Käufer, dem gegenüber dieser Nachweis sicher nicht geführt wäre, durch Versäumnisurteil verurteilt ist und die Einspruchsfrist hat verstreichen lassen. Dem

[1]) Bd. 62 S. 137.
[2]) S. 15.

zweiten gegenüber würde der Nachweis der Erfüllungsmöglichkeit erbracht.

Stern findet in dem § 324 ein allgemeines Prinzip. Er sagt, wie dort derjenige, dessen Leistung durch Schuld des anderen unmöglich wird, sich doch an der Gegenleistung das kürzen lassen muß, was er infolge seiner Nichtleistung erspart hat, so muß sich auch der Verkäufer das am Kaufpreis abziehen lassen, was er hätte aufwenden müssen, um leisten zu können. M. a. W. ein verkaufender Nichteigentümer erhält bei Untergang nur den Kaufpreis minus demjenigen, was er selbst zur Anschaffung hätte verwenden müssen. Ebenso soll sich beim Doppelverkauf der Verkäufer, der von einem Käufer den Kaufpreis bekommen hat, wenn er ihn auch vom zweiten verlangt, die Summe kürzen lassen, die er zum Wiedererwerb nötig gehabt hätte. Allerdings wird bei Erwerb vom Nichteigentümer der Käufer besser tun, sich auf §§ 325—327 zu berufen, da er dann die Zahlung vollständig weigern kann, während er auf Grund des § 324 möglicherweise zur Zahlung eines etwaigen Überschusses verpflichtet wäre. Beim Doppelverkauf aber ist für den zu zweit in Anspruch genommenen Käufer unseres Beispiels der Einwand aus § 324 äußerst praktisch. Er kann danach nur zur Zahlung der Differenz zwischen dem eigenen Kaufpreis und derjenigen Summe verurteilt werden, die der Verkäufer zum Wiedererwerb vom ersten Käufer hätte anlegen müssen. Es könnte fraglich sein, ob diese Ausdehnung des § 324 nicht zu weit geht, allein irgendwelche Bestimmungen, die dem widersprächen, sind u. E. nicht vorhanden.

§ 15.

Anwendbarkeit des § 281?

Noch eine in der Literatur viel erörterte Frage haben wir kurz zu erwähnen. Kann ein Käufer auf Grund des § 281 vom Verkäufer den vom anderen erhaltenen Kaufpreis als Ersatz verlangen, so daß also der Verkäufer, nachdem er glücklich von einem den Preis erlangt, diesen nicht behalten, sondern ihn dem anderen wieder herausgeben soll?

Die Frage ist sehr bestritten. Nach Dernburg,[1] Ennecerus,[2] Kipp,[3] Schollmeyer,[4] Schulz[5] und Martinius[6] ist auch ein rechtsgeschäftliches Entgelt als Ersatz anzusehen. Anderer Ansicht sind Planck,[7] Staudinger,[8] Oertmann,[9] Kisch.[10] Gegen die verneinende Ansicht hat sich neuerdings besonders Schulz in ausführlicher Weise gewandt, und ihm ist darin recht zu geben, daß Vertragsschluß und Übergabe hier einheitlich aufzufassen sind, daß man nicht beide trennen und sagen kann: der Anspruch auf den Kaufpreis komme zur Entstehung durch den Vertragsschluß, die Unmöglichkeit werde aber erst durch Übergabe herbeigeführt. Der Vertragsschluß sei mithin gar nicht kausal. Denn ein Vertragsschluß, dem die Übergabe nicht folgt, begründet ebensowenig den Kaufpreisanspruch, wie eine Übergabe, die nicht auf Grund eines Übereignungsvertrags vorgenommen wird, die Unmöglichkeit nach sich ziehen kann. Trotzdem ist aber u. E. die von Schulz kurz abgetane Wortinterpretation maßgebend. Ein infolge einer die Unmöglichkeit herbeiführenden Veräußerung erlangter Kaufpreis ist nicht als Ersatz anzusehen. Der Begriff des Wortes „Ersatz" spricht gegen die gegenteilige Ansicht. Der Erlös ist auch kein Ersatz, sondern das durch das Rechtsgeschäft erlangte Äquivalent. Ob es weiter richtig ist, den § 816 als verwandten Fall zu bezeichnen, wie Schulz es tut, oder ob nicht gerade ein Gegensatz zwischen den §§ 281 u. 816 besteht, ist doch zum mindesten zweifelhaft.

Zu welchen Konsequenzen die Anwendung des § 281 beim Doppelverkauf führen würde, geht aus folgendem klar hervor: In den Fällen, in denen der Verkäufer mit seinem Anspruch auf doppelten Preis durchdringen würde, würde nämlich der Käufer

---

[1] Bd. 2 § 62 IV.
[2] S. 115.
[3] S. 98.
[4] § 281, 2b, 5e.
[5] S. 10.
[6] S. 74/75.
[7] § 281 II Abs. 2.
[8] § 281 II.
[9] § 281, 2d.
[10] S. 199ff.

mit dem geringeren Kaufpreis den Überschuß des höheren Preises erhalten, während der Käufer mit höherem Preis den geringeren des anderen bekäme. In Wirklichkeit würde also der Verkäufer, der eigentlich beide Kaufpreise haben soll, völlig leer ausgehen, mithin selbst die Gefahr tragen.

Wir verneinen deshalb die Anwendbarkeit des § 281.

§ 16.

IV. Theorie: Nur der erste Käufer haftet.

D. Die vierte von Endemann vertretene Theorie läßt nur den ersten Käufer haften, bei beweglichen Sachen den Besitzer. Endemann[1]) sagt bezüglich der Grundstücke: das ergibt sich aus § 446 Abs. 2. Der Käufer, dem übergeben ist, trägt als Besitzer die Gefahr, eine später erfolgte Eintragung hat hierauf keinen Einfluß mehr. Ebensowenig kann umgekehrt die durch Eintragung übergegangene Gefahr nochmals durch Übergabe auf den anderen Käufer übertragen werden. Der nachmals als Eigentümer eingetragene zweite Käufer kann gegenüber dem Verkäufer, da ihm gegenüber § 446 nicht zutrifft, die Zahlung des Kaufpreises verweigern, bis der Verkäufer allen Verpflichtungen genügt, und er kann je nach Lage der Dinge für sich den § 323 oder § 325 anrufen.

Die Endemannsche Theorie lehnt sich an die von Hoffmann[2]) für das gemeine Recht entwickelte Ansicht an, daß es nur ein periculum gebe. Die letztere Auffassung beruht aber auf einer Verkennung der Begriffe periculum rei und periculum obligationis.

Wir halten die Endemannsche Theorie nicht für richtig. Die Motive entscheiden die Frage des Doppelverkaufs nicht, lassen aber durchblicken, daß wohl der eingetragene Käufer nach ihrer Ansicht haften müsse. Man kann daraus folgern, daß sie eine sich an den Wortlaut des § 446 klammernde Auslegung nicht für richtig hielten. Aber hiervon abgesehen ist es unrichtig, wenn

[1]) S. 956.
[2]) S. 197 ff.

Endemann annimmt, daß es nur eine Gefahr gebe. Die Theorie versagt gänzlich, wenn, was gewiß äußerst selten, aber doch nicht unmöglich, beide Akte genau zur selben Zeit vorgenommen werden. Schließlich muß auch Endemann, wenn er seine Theorie aufrechterhalten will, annehmen, daß der Nichteigentümer die Gefahr nicht übertragen könne. Will er das nicht, und das erklärt er deutlich bei beweglichen Sachen,[1]) so kann er unmöglich sagen, daß wenn der Verkäufer zuerst aufgelassen und dann übergeben hat, den zweiten Käufer die Gefahr nicht mehr treffen könne. Hier eine Ausnahme zu machen und den Verkäufer anders zu behandeln als jeden anderen Nichteigentümer, ist undenkbar.

§ 17.

Gebrauchsüberlassungsvertrag.

Noch eine andere Theorie, die nicht in den Rahmen der vorgetragenen sich einreihen läßt, bedarf einer kurzen Erwähnung. Eccius[2]) schneidet die Frage an, ob nicht die Gefahr trotz Übergabe beim Verkäufer bleibe, wenn vereinbart werde, daß die Übergabe nicht zum Zwecke der Eigentumsübertragung, sondern zunächst nur zur Nutzung auf Grund eines Gebrauchsüberlassungsvertrags bis zur Eintragung erfolge. Demgegenüber macht Planck mit Recht geltend, daß es im einzelnen Falle eines besonderen Nachweises dieser Annahme bedürfe, dieselbe aber nicht aus der vertragsmäßigen Vereinbarung eines früheren Zeitpunktes für die Übergabe ohne weiteres zu entnehmen sei. Martinius[3]) und Staudinger,[4]) unter Berufung auf diesen, sehen in allen Fällen, wo die Übergabe der Eintragung vorausgeht, einen interimistischen Gebrauchsüberlassungsvertrag bis zur Eintragung. Und gegen diese Annahme ist nichts einzuwenden. Denn das zwischen den Parteien bestehende Rechtsverhältnis ist juristisch nicht anders aufzufassen. Wollte man jedoch, so führt

[1]) S. 950 Anm. 33.
[2]) In Gruchot Bd. 41 S. 883.
[3]) § 446, 2 b.
[4]) S. 58 ff.

Martinius mit Recht aus, annehmen, daß die Gefahr auf Grund des Gebrauchsüberlassungsvertrags immer beim Verkäufer bliebe, so müßte man die Vorschrift des § 446, daß die Gefahr mit der Übergabe auf den Käufer übergehe, vollständig streichen.

§ 18.

Ergebnis.

Das Ergebnis unserer Erörterungen sei hier nochmals kurz wiedergegeben.

Wir halten die Theorien, nach denen nur der eingetragene (I) oder der erste (IV) Käufer haften soll, für unzutreffend. Dagegen sind die beiden anderen Theorien (II und III) richtig, je nachdem man Unvermögen als vorliegend ansieht oder nicht. Ob Unvermögen anzunehmen ist, hängt von der Lage des einzelnen Falles ab. Der Verkäufer hat nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch wie früher ein Wahlrecht unter beiden Käufern. Die Klage auf Zahlung des Kaufpreises dringt aber nur gegenüber dem Käufer durch, dem gegenüber der Verkäufer den von ihm zu führenden Nachweis erbringt, daß er zur Fälligkeitszeit hätte erfüllen können. Und auch der Käufer, dem gegenüber dieser Nachweis geführt wird, kann sich unter gewissen Umständen durch Berufen auf positive Vertragsverletzung oder auf § 826 von der Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises befreien. Endlich kann der nach Verurteilung des einen Käufers belangte andere Käufer, selbst wenn ihm gegenüber der erforderliche Nachweis erbracht werden würde, auf Grund des § 324 nur zur Zahlung des Betrages verurteilt werden, um den der eigene Kaufpreis diejenige Summe übersteigt, die der Verkäufer zum Wiedererwerb vom ersten Käufer hätte aufwenden müssen.

§ 19.

Versuch einer neuen Theorie.

Zu dem nach unserem Rechtsgefühl allein erstrebenswerten Ziel, dem Verkäufer kein Wahlrecht einzuräumen, sondern die Gefahr auf nur einen, und zwar den eingetragenen Käufer zu kon-

zentrieren, führt uns auf Grund der Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs nur ein Weg, der nur gangbar ist, wenn es möglich ist, folgende Leitsätze mit den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches in Einklang zu bringen:

1. Nur der Eigentümer oder derjenige, dem vom Eigentümer auf Grund eines auf Eigentumsübertragung gerichteten Vertrages übergeben ist, kann durch bloße Übergabe des Grundstücks die Gefahr übertragen, nicht aber ein anderer Nichteigentümer.[1]) (Ein Nichteigentümer kann bei Mobilien wie bei Immobilien sonst stets nur durch Eigentumsverschaffung die Gefahr übertragen.)

2. Der Eigentümer kann nur so lange Gefahr übertragen, als er Eigentümer ist. In dem Augenblick, in dem er Nichteigentümer wird, verläßt die durch Übergabe auf den Käufer übergegangene Gefahr den letzteren von selbst wieder.[2]) Ist das Grundstück untergegangen, so kommt der vom Verkäufer zu führende Nachweis, daß er seine Rechtsverschaffungspflicht hätte erfüllen können, gar nicht weiter in Frage, wenn feststeht, daß Verkäufer nicht oder nicht mehr Eigentümer war.

Diese Theorie hat Ähnlichkeit mit der von Jhering für das gemeine Recht vertretenen Ansicht,[3]) daß den Käufer nicht ein periculum treffen kann, das der Verkäufer beim Untergang nicht oder nicht mehr gehabt. Aber unsere Theorie geht über die Jheringsche hinaus.

Wir wollen in großen Umrissen versuchen, die Theorie zu entwickeln und zu begründen oder wenigstens nachzuweisen, daß sie nicht im Widerspruch mit dem Bürgerlichen Gesetzbuch steht.

[1]) Ähnlich Oertmann § 446, 1 b.

[2]) Natürlich ist der Fall ausgenommen, wo ein anderer in die Verbindlichkeit des Eigentümers eintritt. Das ändert selbstverständlich an der Lage nichts.

[3]) Jherings Jahrb. Bd. 3 S. 449 ff.

§ 20.

§ 446 Abs. 1: Übergabe bedeutet „eigentumsverschaffende Übergabe".

Wir müssen zunächst auf § 446 Abs. 1, d. h. auf den Gefahrübergang bei Mobilien zurückkommen und bemerken, daß wir unter „Übergabe" hier mit Oertmann „eigentumverschaffende Übergabe" verstehen, im Gegensatz zu allen übrigen Schriftstellern. Allerdings spricht auch Planck[1]) davon, daß Übergabe auf Grund des Kaufs, d. h. bei beweglichen Sachen zum Zwecke der Eigentumsübertragung, erforderlich ist. Aber er meint wohl nicht dasselbe wie Oertmann, sonst ist der Ausdruck nicht gut gewählt; denn zum Zwecke der Eigentumsübertragung übergibt auch der Verkäufer einer gestohlenen Sache, der von dieser Tatsache nichts weiß, an den Käufer, der davon Kenntnis hat; trotzdem wird hier durch Übergabe kein Eigentum verschafft. Oertmann stützt sich zur Begründung seiner Auffassung auf § 440 und sagt: „Daß § 446 den Gefahrübergang nicht an die bloße Besitzüberlassung geknüpft wissen will, ergibt sich deutlich aus § 440 Abs. 1 u. 2 a. E., wonach auch nach erfolgter Übergabe § 323 anwendbar ist, der Käufer sogar nach erfolgtem Untergang der Sache Schadensersatzansprüche gegen den Verkäufer geltend machen kann, wenn ihm die Übergabe das Eigentum nicht verschafft hatte wegen eines Rechtsmangels des Verkäufers. Die Übergabe bürdet dem Käufer also die Gefahr noch nicht auf, wo sie ihm das Eigentum nicht verschaffen kann. Man wird daher folgerecht in dem Falle nicht anders entscheiden können, wo sie es ihm nicht verschaffen soll, d. h. wo der Eigentumsübergang noch vertragsmäßig aufgeschoben ist".

Soweit sich die Gegner überhaupt über diese Frage ausgelassen haben, z. B. Martinius,[2]) verwerfen sie die Oertmannsche Auffassung, weil unmöglich das Wort „Übergabe" in ein und demselben Paragraphen in doppeltem Sinn gebraucht sein könne: im ersten Absatz als eigentumverschaffende Übergabe

[1]) § 446, 2b.
[2]) Arch. S. 53.

und im zweiten als Besitzverschaffung. Diesen Gründen ist jedoch folgendes entgegenzuhalten. Wie auch die Gegner, z. B. Endemann,[1]) selbst zugeben, wird das Anwendungsgebiet des § 446 Abs. 1 auf die Fälle beschränkt, wo der Käufer nicht im guten Glauben war oder die Sache dem Eigentümer gestohlen, verloren oder abhanden gekommen war. (Der dritte von Endemann erwähnte Fall einer noch ausstehenden Genehmigung ist u. E. bezüglich des Gefahrüberganges nicht anders zu behandeln, als sei der Kauf durch die Genehmigung bedingt, d. h. erst mit Genehmigung geht die Gefahr hier über, nicht schon mit der früheren Übergabe.)[2]) Sonst erwirbt nämlich der Käufer, vom Eigentumsvorbehalt abgesehen, zugleich Eigentum, und daß dann die Gefahr beim Käufer ist, erscheint selbstverständlich. Da das letztere nicht besonders hätte hervorgehoben werden brauchen, so hätte der Paragraph, mit anderen Worten ausgedrückt, nur den praktischen Zweck zu bestimmen: Der bösgläubige Käufer trägt beim Erwerb vom Nichteigentümer seit Übergabe die Gefahr, ebenso der Käufer einer gestohlenen, verlorenen oder abhanden gekommenen Sache. Aber gerade in diesen Fällen läßt ja niemand die Gefahr tatsächlich vom Käufer tragen, sondern dieser hat auf Grund von § 440 wegen mangelnder Rechtsverschaffung die Rechte aus §§ 320—327. Der Käufer braucht nicht zu zahlen, kann unter Umständen sogar Schadensersatz verlangen, d. h. die Gefahr ist eben nicht durch bloße Übergabe auf ihn übergegangen. Auch in diesen Fällen kann der Käufer also tatsächlich die Gefahr erst bekommen von dem Moment an, wo die Eigentumsverschaffung zur Übergabe hinzukommt. Und zwar muß der Verkäufer das Eigentum verschaffen. Erlangt der Käufer dasselbe auf andere Weise, z. B. durch Beerbung oder sonstwie, so hat er gemäß § 440 Abs. 3 einen Schadensersatzanspruch genau so wie nach § 440 Abs. 2.

Unsere Auffassung des Wortes „Übergabe" entspricht aber auch dem älteren deutschen Recht, dem sich das Bürgerliche Gesetzbuch

---

[1]) S. 950 Anm. 32.

[2]) So Sachs S. 51 ff. und für das ALR. Entsch. d. OTr. Bd. 50 S. 126.

angeschlossen hat. Nach den Motiven[1]) ist der Standpunkt des Entwurfs der des älteren deutschen Rechts, und mit dem alten deutschrechtlichen Prinzip stimmen wiederum die betreffenden Bestimmungen des allgem. Landrechts überein.

Nach altem deutschen Recht trug aber immer nur der Eigentümer die Gefahr, also der Käufer erst mit der durch Übergabe bewirkten Erlangung des Eigentums,[2]) und im allgem. Landrecht, das wie das deutsche Recht vom Grundsatz casum sentit dominus geleitet war, ging gleichfalls erst mit der mit der Übergabe zusammenfallenden Eigentumsverschaffung die Gefahr über.[3])

Auch die Mehrzahl der Schriftsteller läßt zudem beim Eigentumsvorbehalt nicht, wie es vom gegnerischen Standpunkt aus nach § 446 Abs. 1 konsequenterweise sein müßte, die Übergabe, sondern erst die Eigentumsverschaffung für den Zeitpunkt des Gefahrüberganges entscheidend sein.

Es kann deshalb u. E. im § 446 Abs. 1 unter Übergabe nur die eigentumverschaffende Übergabe verstanden werden.

Damit haben wir zwar positiv für unsere Theorie noch nicht viel gewonnen, negativ aber sehr viel. Es ist nämlich ausgeschaltet die Bestimmung, in der die herrschende Meinung eine direkte Anordnung dafür sieht und nach ihrer Auffassung sehen muß, daß auch der Nichteigentümer durch bloße Übergabe die Gefahr übertragen kann.

§ 21.

§ 446 Abs. 2.

Was bezüglich des Gefahrübergangs vom Nichteigentümer bei Mobilien gilt, findet in gleicher Weise Anwendung auf Grundstücke. Oertmann[4]) stellt mit Recht den Grundsatz auf, daß der Nichteigentümer durch Übergabe des Grundstücks die Gefahr nicht übertragen kann. Er sagt: „Würde man § 446 auch auf

---

[1]) Bd. 2 S. 206.
[2]) Stobbe S. 279; Puntschart S. 373.
[3]) So Entsch. d. OTr. Bd. 50 S. 126 ff.
[4]) § 446, 1 b.

solche Fälle anwenden, so würde das einen unverständlichen Widerspruch zu § 440 Abs. 2 a. E. bedeuten, der in solchem Falle dem Käufer bei Mobilien einen Schadensersatzanspruch gewährt, also erst recht die anderen aus der mangelnden Rechtsverschaffung entspringenden Rechte. Und doch soll (vgl. wiederum § 440 Abs. 1 mit Abs. 2) der Rechtsmangel bei Immobilien schärfer, nicht schwächer wirken als bei Mobilien. Nach alledem muß man annehmen, daß nach § 446 Abs. 2 die Gefahr nur übergeht, wenn der Verkäufer Eigentümer war oder mindestens gegen den Eigentümer einen Anspruch auf Übereignung bezw. Genehmigung der Auflassung hatte". Und er bringt dieses Ergebnis auf folgende Weise mit den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches in Einklang. Er sagt, daß die Übergabe in solchem Falle dem Käufer noch keinen endgültigen, weil durch den Eigentumsanspruch des Drittberechtigten jederzeit entziehbaren Besitz verschafft hatte.

Läßt sich die Auffassung halten, daß der Nichteigentümer — sofern er nicht etwa vom Eigentümer übergeben und deswegen die Gefahr erhalten hatte — durch bloße Übergabe keine Gefahr übertragen kann, sondern daß es ebenso angesehen wird, wie in den Fällen, wo noch keine Übergabe stattgefunden hat, so ist es logische Konsequenz, daß der Eigentümer auch nicht länger Gefahr übertragen kann, als er Eigentum hat. Verliert er das Eigentum, so geht ipso iure die Gefahr vom Käufer zurück und auf den neuen Eigentümer über.

Was gewinnen wir durch diese Auffassung? Bei Mobilien ist die Möglichkeit, daß mehrere Käufer die Gefahr tragen, nach unserer Auffassung des Wortes Übergabe undenkbar, da immer nur einer Eigentümer werden kann und nur dieser die Gefahr trägt. Bei Grundstücken hat nur der eingetragene Käufer die Gefahr. Dem anderen Käufer tritt der Verkäufer entweder von vornherein als Nichteigentümer gegenüber oder bei späterer Auflassung und Eintragung von diesem Moment ab. Je nachdem trägt der besitzende Käufer die Gefahr gar nicht oder nur bis zum Zeitpunkt der Eintragung oder erst wieder, wenn der Verkäufer das Eigentum zurückerhält.

Wir verkennen nicht, daß dadurch die Fälle nicht entschieden werden, in denen doppelte Übergabe oder, sofern es einmal vor-

kommen sollte, doppelte Eintragung stattgefunden hat.[1]) Aber diese Fälle löst auch keine der obengenannten vier Theorien in befriedigender Weise.

Ist unsere Theorie, wie wir zu zeigen versuchten, mit dem Gesetz in Einklang zu bringen, so verdient sie u. E. vor den anderen Theorien deswegen den Vorzug, weil sie dem Rechtsgefühl am meisten entspricht.

Nach dieser Theorie kann also der Verkäufer seinen Anspruch nur gegen den eingetragenen Käufer richten. Daraus folgt jedoch keineswegs, daß der eingetragene Käufer auch in jedem Fall zur Zahlung verpflichtet wäre. An der rechtlichen Verpflichtung zur Entrichtung des Kaufpreises wird dadurch nichts geändert. Denn ebenso wie jeder andere Käufer muß auch der eingetragene Grundstückskäufer die Rechte aus einem etwaigen Unvermögen des Verkäufers zur Übergabe gemäß § 440 haben. Auch von ihm bekommt der Verkäufer daher bei Untergang nach unseren früheren Darlegungen den Kaufpreis nur, wenn er nachweist, daß er ihm zur Fälligkeitszeit hätte erfüllen können.

---

[1]) s. darüber Riezler.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.